

刑罰加重之研究*

孫 啟 強**

目 次

- 壹、前言
- 貳、刑罰加重之標準及限制
- 參、刑法總則與刑法分則加重之案件類型
- 肆、刑罰加重相關問題之實務見解
- 伍、結語

壹、前 言

刑法乃規定犯罪行為的法律要件及其法律效果的法律¹。而稱刑罰者，則係指國家依據刑法法規，基於犯罪行為，用以制裁行為人之公法上制裁手段之謂²。刑罰之適用首要求其適法，其次求其允當，所謂適法，即所科處之刑罰完全適合其所犯罪名刑罰範圍之內；而所謂允當，即所科處之刑罰合乎法條所規定之精神³。刑法條款在法律效果上固均設有一定高低度的法定刑，使法官針對具體的個案在法定最高刑度與最低刑度之間，裁量科處宣告刑，惟因犯罪行為情狀千變萬化，情節輕重懸殊，有時縱然科處法定刑的最高刑度，仍嫌太輕；有時縱然科處法定刑的最低刑度，則又嫌太重。為解決此種以法定刑的最高度或最低度尚無法妥適科處刑罰的特殊情狀，刑法乃設有加重、減輕的規定，法官在刑罰裁量中，遇刑法有所明定的加重、減輕事由時，即可據之加重或減輕刑罰，這些規定，有規定於刑法總則者，亦有規定於刑法分則者，前者稱為一般加重、一般減輕；後者稱為特別加重、特別減輕⁴。

法律明定之刑罰加重，是否適當得宜，在學理上固有討論之空間⁵，然既已由法律明文規

* 對於兩位匿名審查人所提供之寶貴意見，本人謹此表達誠摯之感激與謝意。

** 孫啟強，臺灣高雄地方法院刑事庭庭長，國立高雄大學法律研究所碩士。

¹ 林鈺雄，《新刑法總則》，自版，2006年9月，初版第1刷，第612頁。

² 柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（下）》，自版，2006年3月，初版第2刷，第289頁。

³ 蔡墩銘，《刑法總論》，三民書局，2006年6月，修訂6版第1刷，第335頁。

⁴ 林山田，《刑事通論（下冊）》，自版，2008年1月，增訂10版，第488-489頁。

⁵ 有學者認為：行為人違反刑法之規範，而有受刑事制裁之必要者，其制裁的法律效果，本須由法律明確加以規定，而此一法律效果的規定，基本上已經涵蓋對行為最重的非難程度，非有特殊的條件，且

定刑罰加重之條文，則在相關法律尚未修正前，被告倘有法定之加重事由，法官也只能依法規規定而為刑罰之加重。在實務運作上，刑罰之加重關乎是否得易科罰金（刑法第 41 條）、是否得上訴第三審（刑事訴訟法第 376 條）等法律之適用，影響被告之訴訟權益至鉅，洵屬相當重要之課題。

本文從實務之觀點探討刑罰加重之課題，對於刑罰加重之標準及限制、刑法總則與刑法分則加重之案件類型，暨刑罰加重之相關問題作一整理研究，資以瞭解我國實務上關於刑罰加重之實際運用情形，並針對相關問題提出本文之見解。

貳、刑罰加重之標準及限制

一、加重之標準

刑罰加重之標準，業均明定於刑法法條中，茲析述如次：

- (一)有期徒刑或罰金加重者，其最高度及最低度同加重之（刑法第 67 條）。
- (二)拘役加重者，僅加重其最高度（刑法第 68 條）。
- (三)有 2 種以上之主刑者，加重時併加重之（刑法第 69 條）。
- (四)有 2 種以上刑之加重者，遞加重之（刑法第 70 條）。
- (五)因刑之加重，而有不滿 1 日之時間或不滿 1 元之額數者，不算（刑法第 72 條）。
- (六)科罰金時，如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重（刑法第 58 條後段）。

二、加重之限制

刑罰加重有如下之限制，但須遵守之基本原則是，加重僅能在同種類主刑之範圍內為之，不能變更成為較重種類之法定主刑⁶，茲析述如次：

- (一)死刑不得加重（刑法第 64 條第 1 項）。死刑本屬最重極刑，事實上亦無從加重。
- (二)無期徒刑不得加重（刑法第 65 條第 1 項）。無期徒刑本屬最重之自由刑，自不得再予加重，否則會變更刑罰種類成為死刑。
- (三)有期徒刑之加重，最高得加重至 20 年（刑法第 33 條第 3 款但書）。惟不得加重至變更

合法律正當性的基礎下，實不應在法定刑之外，另為加重之規定。此所謂特殊條件者，其思維的方向，應從刑法的本質來觀察，刑法所非難的對象，如係設定在行為人基於法律所非難的意思，而展現於外化之行為者，則非難對象設定在行為及其所造成的法益侵害狀態，則得以對於評價對象為加重之事由，也應從行為及其所生之侵害關係來思考，舉凡將加重事由放射到行為與侵害關係以外者，在正當性的基礎上，顯得相當之動搖。參閱柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（下）》，自版，2006 年 3 月，初版第 2 刷，第 376 頁。

⁶ 此與刑罰之減輕不同，刑罰之減輕有時可減輕成為較輕種類之法定主刑，如刑法第 64 條第 2 項規定：死刑減輕者，為無期徒刑；刑法第 65 條第 2 項規定：無期徒刑減輕者，為 20 年以下 15 年以上有期徒刑。

刑罰種類成為無期徒刑，乃屬當然。

(四)拘役之加重，最高得加重至 120 日（刑法第 33 條第 4 款但書）。惟不得加重至變更刑罰種類成為有期徒刑，自不待言。

(五)罰金為財產刑，自不得加重至變更刑罰種類成為自由刑之有期徒刑或拘役。

參、刑法總則與刑法分則加重之案件類型

一、概論

刑法及其特別法有關加重其刑之規定，依其性質，可分為「總則」與「分則」加重 2 種。其屬「分則」加重性質者，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重處罰，使成立另一獨立之罪，法定刑亦因此發生變更之效果；其屬「總則」加重性質者，則僅為處斷刑上之加重，並未變更犯罪類型，原有法定刑自不受影響【最高法院 96 年度台非字第 28 號判決⁷，本文所引用之判決（判例）均係最高法院刑事判決（判例），以下省略「最高法院」、「年度」、「字」、「第」、「號」及「判決」等字樣，若係「判例」則會特別註記「例」】。

二、刑法總則加重之案件類型

(一)法律之規定：

1. 累犯之加重⁸：

受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一（刑法第 47 條第 1 項）⁹。

2. 準累犯之加重：

第 98 條第 2 項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論（刑法第 47

⁷ 同意旨有 92 台上 6327、95 台上 6346、97 台上 2860 及最高法院 92 年 1 月 7 日第 1 次刑事庭會議決議。

⁸ 關於累犯加重之理由，有認為：累犯既然已經受過刑罰之科處，竟依然肆無忌憚地再度犯罪，因此較之初犯者，應受到更重的非難，負擔更重的責任（日本學者植松正、團藤重光、西原春夫）；有認為：累犯較之初犯者，有較重的責任，且累犯之性格、人格亦具有危險性之故（日本學者佐伯千仞、大塚仁）。由於現行刑法有關累犯之加重要件，係以前犯有無科刑、刑之執行是否終了為準，並無將行為人之危險性做為要件，且危險性本身亦不應做為刑之加重事由，因此以前說為妥（日本學者大谷實、川端博）。轉引自陳子平，《刑法總論（下冊）》，自版，2006 年 2 月，初版第 1 刷，第 308 頁。

⁹ 惟有學者認為：累犯之加重，並非因行為人所為之犯罪行為，而係因其曾有犯罪行為而受刑事制裁，在接受機構性執行之後，5 年內再故意犯有期徒刑以上之罪，所加重者，並非所犯之罪，而是曾經犯罪而受刑之執行之故，且所加重者，係再犯之行為的法律效果，而非既有曾犯行為之法律效果。是故，當行為人因犯竊盜罪而受刑之執行，執行完畢後，5 年內再犯強盜罪，則前所犯竊盜罪之刑的執行，具有強盜罪法律效果二分之一的效力，顯然此種加重事由，在法律存在正當性的基礎上，已經出現問題，值得深思與檢討。參閱柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（下）》，自版，2006 年 3 月，初版第 2 刷，第 377-378 頁。

條第 2 項)。

3. 罰金之酌加：

科罰金時，除依前條規定外，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益。如所得之利益超過罰金最多額時，得於所得利益之範圍內酌量加重（刑法第 58 條）¹⁰。

(二) 實務之見解：

1. 刑法第 56 條規定連續犯得加重其刑至二分之一，係屬刑法總則之加重（94 台上 4271）。此乃因連續犯之加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質¹¹。

2. 少年事件處理法第 85 條所定加重處罰，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，矧該條所定成年人係年齡狀態，而非身分條件，亦與刑法第 134 條有別，故少年事件處理法第 85 條之加重，應認為相當於刑法總則之加重，而非刑法分則之加重【69 台上 3254 例，同意旨有 69 台上 3967、70 台上 1605、71 台上 2902、71 台上 4647、88 台上 4699、88 台上 7162，最高法院 66 年 9 月 20 日 66 年度第 7 次刑庭庭推總會決議（一）】。

按少年事件處理法第 85 條第 1 項規定：「成年人教唆、幫助或利用未滿 18 歲之人犯罪或與之共同實施犯罪者，依其所犯之罪，加重其刑至二分之一。」依該條文規定之情形，成年人不論係「教唆」、「幫助」或「利用」未滿 18 歲之人犯罪或「與之共同實施犯罪」，未滿 18 歲之人均係屬「廣義及實質之犯罪行為人」，即「事實上之犯罪行為人」，惟因未滿 18 歲之人智識淺薄、思慮未深，成年人教唆、幫助或利用或與之共同實施犯罪，實有不該，自應加重其刑。職是，此乃係概括性之加重規定，所有罪名均一體適用，且僅為處斷刑上之加重，並未變更犯罪類型，自應屬於刑法總則之加重。

此外，應予注意者，兒童及少年福利法已於 92 年 5 月 28 日制定公布，並於同年月 30 日生效，其第 70 條第 1 項前段規定：「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或

¹⁰ 惟有學者認為：刑之加重，原則上須有法律明文之規定始得為之，而刑法第 58 條罰金之酌量加重規定，係授權法官在法定加重事由以外，另為裁量上之加重，此種裁量上之加重規定，不但在規範存在的正當性出現問題，也使得法律效果的機制，在適用上出現裂縫，蓋對於犯罪行為人因犯罪所得者，本來在從刑的沒收或追徵、追繳或抵償規定中，已足以對於犯罪利益所得為剝奪，何以卻必須捨棄從刑之效應，而在主刑的罰金中作文章，這是相當令人費解之事。參閱柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（下）》，自版，2006 年 3 月，初版第 2 刷，第 380-381 頁。

¹¹ 刑法於 95 年 7 月 1 日修正施行後，廢除連續犯、牽連犯之裁判上一罪規定，則被告之數個犯行，除符合想像競合犯或包括一罪之要件，而得依想像競合犯或包括一罪論處外，均以一罪一罰為原則。此部分之修正理由略謂：「牽連犯之實質根據既難有合理之說明，且其存在亦不無擴大既判力範圍，而有鼓勵犯罪之嫌，實應予刪除為當。」「對繼續犯同一罪名之罪者，均適用連續犯之規定論處，不無鼓勵犯罪之嫌，亦使國家刑罰權之行使發生不合理之現象。」「基於連續犯原為數罪之本質及刑罰公平原則之考量，其修正既難以週延，爰刪除有關連續犯之規定。」見《立法院公報》第 94 卷，第 3 期，委員會紀錄，第 110-117 頁。

與之共同實施犯罪或故意對其犯罪者，加重其刑至二分之一。」此項規定為少年事件處理法第 85 條第 1 項之特別規定，依後法優於前法，特別法優於普通法之法律適用原則，自應優先於少年事件處理法第 85 條第 1 項適用。

3. 兒童福利法第 43 條第 1 項前段，其中「利用」兒童犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質（92 台上 6327、最高法院 92 年 1 月 7 日 92 年度第 1 次刑事庭會議決議）。

應予注意者，兒童福利法與少年福利法合併而制定「兒童及少年福利法」，於 92 年 5 月 28 日制定公布，同年月 30 日生效，而兒童福利法亦於 93 年 6 月 2 日經總統以華總一義字第 09300105721 號令公布廢止，是原兒童福利法第 43 條第 1 項前段之加重規定，已被兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段之加重規定所取代。

4. 兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段所定成年人「教唆」少年犯罪之加重其刑至二分之一，係概括性規定，並非對於個別特定之行為而為加重處罰，所定成年人係年齡狀態，而非身分條件，與刑法第 143 條等規定有別，自應認為相當於總則之加重（96 台上 2104）。理由詳如上述關於少年事件處理法第 85 條第 1 項加重規定之說明。
5. 兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段，其中有關「利用」兒童犯罪部分，屬間接正犯，其加重係概括性規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質（94 台上 4777，同意旨有 96 台上 4778）。理由亦詳如上述說明。
6. 兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段有關成年人與少年「共同」實施犯罪之加重其刑規定，並非對於個別犯罪行為予以加重處罰，且所指「成年人」係年齡狀態，而非身分條件，亦與諸如刑法第 134 條以公務員之身分為加重處罰之條件者有別，故其性質屬刑法總則之加重（97 台上 2860，同意旨有 93 台上 3837、94 台上 5146）。理由亦詳如上述說明。
7. 組織犯罪防制條例第 5 條規定之加重，係概括性之規定，凡參與犯罪組織成員犯該條例以外之罪，而依刑法第 55 條規定，與該條例所規定之罪從一重處斷之罪名者，均有其適用，並非就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而成為另一獨立之罪名，自屬刑法總則之加重，乃屬科刑之範圍，不得於加重後，再予比較¹²（94 台上

¹² 惟 90 台上 7425 及 93 台上 385 認為，組織犯罪防制條例第 5 條規定之加重，係屬刑法分則之加重，與 94 台上 67 見解相歧。經查詢最高法院自 90 年起迄今（98 年）有關組織犯罪防制條例第 5 條加重之屬性之判決，共有 90 台上 320、90 台上 7425、92 台上 70、93 台上 385、93 台上 2142、94 台上 67、94 台上 3002、97 台上 5208 等 8 則判決，其中 90 台上 7425 及 93 台上 385 認組織犯罪防制條例第 5 條規定之加重係屬刑法分則之加重（惟未詳述理由），而 94 台上 67 則認為組織犯罪防制條例第 5 條規定之加重係屬刑法總則之加重，其餘 5 則判決未就此問題明確表示意見。本文贊同 94 台上 67 判決之見解，認組織犯罪防制條例第 5 條規定之加重，係概括性之規定，凡參與犯罪組織成員犯該條例以外之罪，而依刑法第 55 條規定，與該條例所規定之罪從一重處斷之罪名者，均有其適用，並非就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，而成為另一獨立之罪名，自屬刑法總則之加重。

67)。

- 8.肅清煙毒條例第 9 條第 7 項規定：「犯第 1 項（施用毒品或鴉片）或第 2 項（施用麻煙或抵癮物品）之罪，依第 3 項規定勒戒斷癮後或第 4 條規定免除其刑後再犯者，加重本刑至三分之二，三犯者處死刑或無期徒刑」，乃刑法累犯之特別規定，依特別法優於普通法之原則，應適用該條例之特別規定，而無再適用一般刑法累犯規定之餘地（最高法院 84 年 10 月 3 日 84 年度第 7 次刑事庭會議決議）。如上所述，累犯之加重係屬刑法總則之加重，而肅清煙毒條例第 9 條第 7 項既係累犯之特別規定，則其加重自亦屬刑法總則之加重。另應予注意者，肅清煙毒條例業已修正公布為毒品危害防制條例，肅清煙毒條例第 9 條第 7 項之加重規定亦已刪除，毒品危害防制條例中現已無類此之加重規定。

三、刑法分則加重之案件類型

(一)法律之規定：

1.以行為主體之身分關係作為加重事由：

- (1)公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一。但因公務員之身分已特別規定其刑者，不在此限（刑法第 134 條）。
- (2)從事業務之人利用職務上機會犯前項之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 204 條第 2 項）。
- (3)公務員包庇他人犯前項之罪者，依前項之規定加重其刑至二分之一（刑法第 231 條第 2 項）。
- (4)公務員包庇他人犯前 2 項之罪者，依各該項之規定加重其刑至二分之一（刑法第 231 條之 1 第 3 項）。
- (5)公務員包庇他人犯本章各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至二分之一（刑法第 264 條）。
- (6)公務員包庇他人犯本章各條之罪者，依各該條之規定，加重其刑至二分之一（刑法第 270 條）。
- (7)公務員包庇他人犯前 4 項之罪者，依各該項之規定加重其刑至二分之一（刑法第 296 條之 1 第 5 項）。

2.以行為客體之身分關係作為加重事由：

- (1)對於友邦元首或派至中華民國之外國代表，犯故意傷害罪、妨害自由罪或妨害名譽罪者，得加重其刑至三分之一（刑法第 116 條）。
- (2)意圖陷害直系血親尊親屬，而犯前條之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 170 條）。
- (3)對於第 228 條所定受自己監督、扶助、照護之人，或夫對於妻，犯第 231 條第 1 項、第 231 條之 1 第 1 項、第 2 項之罪者，依各該條項之規定加重其刑至二分之一（刑法第 232 條）。

- (4)對於直系血親尊親屬犯第 247 條至第 249 條之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 250 條）。
 - (5)對於直系血親尊親屬，犯第 277 條或第 278 條之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 280 條）。
 - (6)對於直系血親尊親屬犯前條之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 295 條）。
 - (7)對於直系血親尊親屬犯前條第 1 項或第 2 項之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 303 條）。
3. 以特定犯罪方式、工具或行為客體作為加重事由：
- (1)以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法犯前 2 項之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 296 條之 1 第 3 項）。
 - (2)利用電腦或其相關設備犯第 316 條至第 318 條之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 318 條之 2）。
 - (3)對於公務機關之電腦或其相關設備犯前 3 條之罪者，加重其刑至二分之一（刑法第 361 條）。

(二)實務之見解：

- 1. 刑法第 134 條前段之規定，屬刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為，予以加重處罰，而成立另一獨立之罪（94 台上 4721）。
- 2. 刑法第 361 條係就對象為公務機關之妨害電腦使用罪所訂之加重懲罰規定，屬刑法分則加重之獨立罪名（97 台非 285）。
- 3. 兒童福利法第 43 條第 1 項前段規定「對」兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪予以加重，屬於刑法分則加重之性質（93 台上 2535，同意旨有 72 台上 6785 例、86 台非 234、90 台上 2595、92 台上 6327、93 台上 2535、94 台上 6615、95 台上 6346、98 台上 1830、最高法院 92 年 1 月 7 日 92 年度第 1 次刑事庭會議決議）。
- 4. 兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段所定成年人「故意對」兒童或少年犯罪之加重，係對被害人為兒童或少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質（96 台上 5029，同意旨有 94 台上 438、94 台上 4777、94 台上 4970、94 台上 6061、95 台上 2124、95 台上 3643、95 台上 6937、96 台上 681、96 台上 1714、96 台上 4778、96 台上 6128、96 台上 7582、97 台非 246、97 台非 486、97 台上 2809、97 台上 3499、98 台上 4916）。
- 5. 貪污治罪條例第 7 條規定：「有調查、追訴或審判職務之人員，犯第 4 條第 1 項第 5 款、第 5 條第 1 項第 3 款之罪者，加重其刑至二分之一。」既係依行為人具上述之身分條件，而特設之加重處罰，其併須以具備該身分條件為構成要件，法定本刑亦經加重，俱與原定犯罪類型有異，自屬犯罪類型變更，成為另一獨立之罪名，係為刑法分則之加重（97 台上 2481，同意旨有 96 台上 3466、97 台上 2812、98 台上 1610、98 台上 3794）。

6. 毒品危害防制條例第 9 條規定：「成年人對未成年人犯前 3 條之罪者，依各該條規定加重其刑至二分之一。」係為保護未成年人之身心健康，針對成年人對具有未成年人特殊身分之被害人，犯該條例第 6 至 8 條各罪予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，屬於刑法分則加重之性質（98 台上 943，同意旨有 97 台抗 555）。
7. 中華民國 88 年 9 月 25 日緊急命令係為因應九二一震災時期所發布之特別法，該命令中刑罰加重之規定，性質上為刑法分則之加重（92 台抗 520、93 台抗 146 參照）。
8. 法律問題：麻醉藥品管理條例第 13 條之 1 第 4 項「犯第 2 項第 4 款之罪有癮，經勒戒斷癮後再犯者，加重本刑至三分之二」之加重，係屬刑法總則加重或分則加重？研討結果：參照最高法院 84 年 10 月 3 日 84 年度第 7 次刑事庭會議決議辦理¹³（臺灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會刑事類第 27 號，84 年法律座談會彙編第 253-257 頁）。
9. 法律問題：犯最重本刑 3 年以下有期徒刑之罪，因適用道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項加重其刑至二分之一，若為 6 個月以下有期徒刑或拘役之宣告，有無（修正前）刑法第 41 條之適用（即得否諭知易科罰金）？法務部檢察司研究意見：以否定說為當，應認係刑法分則之加重，而無（修正前）刑法第 41 條之適用，即不得諭知易科罰金。理由如下：(1)最高法院 72 台上 6785 判例就（廢止及修正前）兒童福利法第 25 條之規定；57 台上字 3414 判例就刑法第 134 條之加重，均認係刑法分則之加重。51 台上 166 判例就刑法第 231 條第 1 項之罪，因適用勘亂時期軍人婚姻條例第 2 項之規定；49 台非 52、51 台非 71 判例就刑法第 280 條之規定，均認無（修正前）刑法第 41 條之適用。(2)最高法院 66 年 9 月 20 日 66 年度第 7 次刑庭會議決議(一)意旨參照¹⁴。(3)道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項係對於個別特定之行為而為加重處罰，且已就刑法第 276 條、第 284 條之基本型犯罪類型變更為加重型犯罪類型，成為另一獨立之罪，而無照駕車、爭道行駛人行道、或行經行人穿越道，不依規定讓行人優先通行，均非單純之狀態描述，而係分就行為之方式（無照）、方法及地點（爭駛人行道）等為規定，為立法者就構成要件要素之行為主體、行為客體、行為態樣、情狀等綜合判斷而制定之犯罪類型，故應認係刑法分則之加重（法務部（84）法檢(二)字第 0282 號，見法務部公報第 177 期 113-114 頁）。

肆、刑罰加重相關問題之實務見解

關於刑罰之加重，除上開所述刑罰加重之標準、限制，及刑法總則、分則加重之案件類型外，下列相關問題在實務上之運用亦頗值關注，茲析述如次：

一、少年事件處理法第 85 條之加重：少年事件處理法第 85 條之加重，法律性質上屬於刑法

¹³ 最高法院 84 年 10 月 3 日 84 年度第 7 次刑事庭會議決議，見本文參二、刑法總則加重之案件類型(二) 8。

¹⁴ 最高法院 66 年 9 月 20 日 66 年度第 7 次刑事庭會議決議(一)，見本文參二、刑法總則加重之案件類型(二) 2。

總則之加重乙節，業如上述，成年人與少年共同犯罪，應依少年事件處理法第 85 條加重其刑者，應於主文諭知成年人與未滿 18 歲之人共同犯罪之意旨（88 台上 7162 參照）。行為人所犯刑法第 61 條第 1 款前段最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，雖依少年事件處理法第 85 條規定加重其刑，仍屬刑法第 61 條第 1 款前段之罪，既經第二審判決，依刑事訴訟法第 376 條第 1 款規定，仍不得上訴於第三審法院（69 台上 3254 例、71 台上 4647、92 台上 5356、93 台上 3837 參照）。針對此類案件聲請再審之確定判決，第二審法院就抗告人再審之聲請所為之裁定，自亦不得抗告於第三審法院（92 台抗 152 參照）。

少年事件處理法第 85 條，所謂成年人「教唆」、「幫助」未滿 18 歲之人犯罪或「與之共同」實施犯罪，須該未滿 18 歲之人已滿 14 歲具有刑事責任能力，始得依該條予以加重其刑。至於「利用」未滿 18 歲之人犯罪（間接正犯），因被利用之人無庸具備刑事責任能力，故不以已滿 14 歲之少年為限【最高法院 66 年 9 月 20 日 66 年度第 7 次刑庭庭推總會決議(一)】。另刑法之結合犯，係數個獨立之犯罪行為，依法律規定，使之結合而成為一個單純新罪，但其內仍包括數個獨立之犯罪構成事實；若成年人有教唆、幫助、利用或與未滿 18 歲之人共同實施結合犯中之部分犯罪行為，即有該條項之適用，不得以成年人所犯之罪之法定本刑為唯一死刑，依法不得加重為由，排除該條項之適用¹⁵（88 台上 4699）。

二、兒童福利法第 43 條第 1 項前段之加重：兒童福利法第 43 條第 1 項前段，其中「利用」兒童犯罪，屬刑法總則之加重，至於「對」兒童犯罪，則屬刑法分則之加重¹⁶，業如上

¹⁵ 刑法第 64 條第 1 項規定：「死刑不得加重」，此乃死刑加重之限制，死刑本屬最重極刑，事實上亦無從加重，職是，在法定本刑係為唯一死刑之情形，即無庸亦無從再予加重其刑。

¹⁶ 惟 86 台上 3602 判決謂：上訴人行為後，兒童福利法於 82 年 2 月 5 日公布施行，該法第 43 條第 1 項前段規定：「對兒童犯罪者，加重其刑至二分之一」，乃總則之加重，並非分則之加重，原法定本刑尚無變更，且無溯及之效力，自無刑法第 2 條第 1 項之比較適用問題。關於此則判決，本文有二點不同意見：第一，按依 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行之刑法第 2 條第 1 項規定：「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律」，此係規範行為後法律變更所生新舊法律比較適用之準據，又本次修正涵蓋之範圍甚廣，故比較新舊法時，應就罪刑有關之共犯、牽連犯、連續犯、有無累犯加重、自首減輕暨其他法定加減原因與加減例等一切情形，綜其全部罪刑之結果而為比較（最高法院 95 年 5 月 23 日 95 年度第 8 次刑庭會議決議參照）。參酌該決議之見解，本文認為，不論是刑法總則或是刑法分則之加重，既已加重其刑罰，即屬刑罰法律之變更，即應有刑法第 2 條第 1 項法律變更所生新舊法律比較適用之問題，故而，兒童福利法第 43 條前段之加重，自仍應有刑法第 2 條第 1 項法律變更新舊法律比較適用之問題。第二，本文認為，刑法總則之加重，係概括性之規定，所有罪名均一體適用；刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，成為另一獨立之罪名。兒童福利法第 43 條第 1 項前段，其中「利用」兒童犯罪為間接正犯，其加重係概括性之規定，對一切犯罪皆有其適用，自屬刑法總則加重之性質；至「對」兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質。是而，該判決認「故意對」兒童犯罪者加重其刑至二分之一，係屬刑法總則之加重，本文無法認同。

述。職是，倘行為人傷害其妻及其甫滿一歲之子，連續犯刑法第 277 條第 1 項之傷害罪，以較重之傷害兒童一罪論，並依兒童福利法第 43 條第 1 項前段規定加重其刑至二分之一，應於主文論知對於兒童犯罪之意旨（90 台上 2595 參照）¹⁷。其加重結果，最重本刑既已逾有期徒刑 3 年，自不得依（修正前）刑法第 41 條之規定論知易科罰金之折算標準（86 台非 234 參照），且依刑事訴訟法第 376 條第 1 款之反面解釋，上開案件之當事人倘不服第二審法院之判決，尚得上訴於第三審法院。

三、兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段之加重：兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段，其中有關「利用」兒童犯罪部分，屬刑法總則之加重；至「故意對」兒童犯罪之加重，則屬刑法分則之加重，應於主文論知成年人故意對兒童及少年犯罪之意旨（95 台上 2124、95 台上 6346、96 台上 1714、96 台上 7582、97 台上 3499、98 台上 4916 參照）。倘概括認為兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段之加重全屬於刑法總則之加重或刑法分則之加重，均有未當（94 台上 4777 參照）¹⁸。且該條項不同性質之加重間，並無競合重疊或擇一適用之關係，自得遞加重之（96 台上 4778 參照）。

成年人「教唆」或與少年「共同」犯刑法第 61 條第 1 款前段之罪，依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段規定加重其刑，此為刑法總則之加重，仍屬刑法第 61 條第 1 款前段之罪，依刑事訴訟法第 376 條第 1 款規定，自不得上訴於第三審法院（96 台上 2104、97 台上 2737、97 台上 2860 參照）。而成年人「故意對」兒童及少年犯刑法第 61 條第 1 款前段最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪，依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段規定加重其刑，此為刑法分則之加重，依刑事訴訟法第 376 條第 1 款規定之反面解釋，即得上訴於第三審法院（94 台上 438、94 台上 4970、97 台上 2809 參照）。另成年人「故意對」兒童及少年犯刑法第 225 條第 2 項之乘機猥褻罪

¹⁷ 該則判決認上訴人對兒童犯罪，應於主文論知對於兒童犯罪之意旨，固屬的論。惟同前則註釋之見解，該判決另泛稱兒童福利法第 43 條第 1 項前段規定之性質屬於刑法分則之加重，尚嫌粗糙及不足。

¹⁸ 惟 86 台上 3602 判決：「兒童福利法第 43 條第 1 項前段規定：『對兒童』犯罪者，加重其刑至二分之一」，乃總則之加重，並非分則之加重。」及 94 台上 4878 判決：「上訴人『加害少年』觸犯強制罪部分，原審雖依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段之規定加重其刑，然此加重之規定並非對於各別特定之行為而為加重處罰，應認為相當於刑法總則之加重，仍屬於刑事訴訟法第 376 條第 1 款之罪，既經第二審判決，自不得上訴於第三審法院。」，均認成年人「故意對」兒童及少年犯罪加重其刑之規定係屬刑法總則之加重，與上開 94 台上 4777 判決見解相左。本文認為兒童福利法第 43 條第 1 項前段及兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段，其中「成年人教唆、幫助或利用兒童及少年犯罪或與之共同實施犯罪」之規定，係為防止成年人利用或教唆兒童及少年犯罪而設，對於一切成年人之犯罪皆有適用，屬於刑法總則加重之性質；至「故意對」兒童及少年「犯罪」之規定，則係為保障兒童及少年之安全，並補充刑法刑度之不足，係對被害人為兒童及少年之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，屬刑法分則加重之性質，兩者之法律性質及規範目的均有所不同。故本文不採 86 台上 3602 及 94 台上 4878 判決之見解，而贊同 94 台上 4777 判決之見解，認兒童福利法第 43 條第 1 項前段及兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段，其中「故意對」兒童犯罪之加重，係對被害人為兒童之特殊要件予以加重處罰，乃就犯罪類型變更之個別犯罪行為予以加重，自屬刑法分則加重之性質。

（法定刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑），依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項前段規定加重其刑，此為刑法分則之加重，其法定本刑加重之結果，已非「最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪」，縱受 6 月以下有期徒刑之宣告，仍與刑法第 41 條第 1 項得易科罰金之要件即有不符，自不得論知易科罰金之折算標準（96 台上 6128、97 台非 246、97 台非 486 參照）。

- 四、刑法第 134 條前段之規定，屬刑法分則之加重，其法定刑應按原犯罪行為該當法條所定法定本刑加重二分之一之結果計之。同法第 56 條規定連續犯得加重其刑至二分之一，屬刑法總則之加重，法定本刑並未改變。而牽連犯比較罪之重輕，則係以所犯法條之本刑為標準（94 台上 4721）。
- 五、刑法分則所列各罪，其須告訴乃論者，以法律有明文規定者為限。刑法第 361 條係就對象為公務機關之妨害電腦使用罪所訂之加重懲罰規定，屬刑法分則加重之獨立罪名，其是否屬告訴乃論之罪，自應以法律有無明文規定為判斷之基準。而刑法第 363 條既未明定第 361 條之罪須告訴乃論，則其非屬告訴乃論之罪，乃屬當然（97 台非 285）。
- 六、貪污治罪條例第 7 條之規定係犯罪類型變更，成為另一獨立之罪名，屬刑法分則之加重，判決主文須載明「有調查、追訴職務之人」之犯罪類型變更後之成罪條件，始得與未依上述身分條件加重其刑前之罪名相區別（96 台上 3466、97 台上 2481、97 台上 2812、98 台上 1610、98 台上 3794 參照）。
- 七、毒品危害防制條例第 9 條規定屬刑法分則之加重，成年人對未成年人犯該條例第 8 條第 3 項之轉讓第三級毒品罪，因適用該條例第 9 條加重之結果，其最重本刑已超過 3 年有期徒刑，即非刑事訴訟法第 376 條第 1 款所列之案件，自不受該條款不得上訴第三審之限制（98 台上 943、97 台抗 555 參照）。
- 八、中華民國 88 年 9 月 25 日緊急命令中刑罰加重之規定，性質上為刑法分則之加重，抗告人所犯刑法第 339 條第 1 項、緊急命令第 11 點第 2 項之罪之法定本刑既已逾有期徒刑 5 年，自不得論知易科罰金之折算標準（92 台抗 520、93 台抗 146 參照）。
- 九、法律問題：某甲為成年人，基於概括之犯意，先與 14 歲以上未滿 18 歲之少年某乙共同竊取腳踏車一輛，嗣又單獨攜帶兇器竊取機車一輛，某甲之行為是否有少年事件處理法第 85 條加重其刑之適用？研討結果：少年事件處理法第 85 條之加重屬刑法總則之加重，普通竊盜與加重竊盜之法定刑相比較，以加重竊盜罪較重，某甲自應論以連續攜帶兇器竊盜罪。又某甲所犯之加重竊盜罪乃單獨為之，故無少年事件處理法第 85 條加重其刑之適用（臺灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會刑事類第 36 號，見 84 年法律座談會彙編第 278-279 頁）。
- 十、法律問題：成年人故意對於兒童或少年犯罪（以刑法第 277 條第 1 項傷害罪為例），依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項規定加重其刑至二分之一。法院製作裁判書，遇有需同時引用刑法總則條文時，應否於據上論斷欄一併引用刑法第 11 條規定？研討結果：成年人故意傷害兒童或少年之身體或健康，因依兒童及少年福利法第 70 條第 1 項規定加重其刑，使其成為獨立於刑法第 277 條第 1 項傷害罪以外之刑事特別法另一罪名（即

成年人故意對於兒童或少年傷害罪），而兒童及少年福利法又無定有「適用刑法總則」或「適用刑法」之明文，如同時需引用刑法總則條文時，自應於據上論斷欄引用刑法第 11 條規定以為依據（臺灣高等法院暨所屬法院 94 年 11 月 25 日 94 年法律座談會刑事類提案第 1 號，見 94 年法律座談會彙編第 323-355 頁）。

十一、法律問題：某甲於夜間持電纜線剪用以剪斷台電公司所有電線桿上供民眾使用之電纜線並竊取之。某甲係觸犯刑法第 321 條第 1 項第 3 款攜帶兇器竊盜罪及電業法第 105 條「竊盜或損壞電桿、電線、變壓器或其他供電設備者，依刑法之規定從重處斷。」之規定，試問：某甲判決主文是否應將電業法第 105 條規定顯現於判決主文中？若檢方僅以刑法第 321 條第 1 項第 3 款罪名起訴，並未論以電業法第 105 條規定，法院判決是否需引用刑事訴訟法第 300 條規定變更起訴法條？研討結果：均採否定說。理由：電業法第 105 條規定「竊盜或損壞電桿、電線、變壓器或其他供電設備者，依刑法之規定從重處斷。」因該法條本身並無「刑」之規定，並非完備之刑罰法規，僅係說明有上開犯罪行為者，均依刑法之規定從重處斷¹⁹。而所謂「從重處斷」係促請法院注意依刑法上之竊盜罪或毀損罪在法定刑範圍內從重量刑。此與具刑法分則加重性質，係就法定刑之有期徒刑或罰金之最高度及最低度同時加重有所不同。是電業法第 105 條並非創設一獨立之罪名，故於犯罪主文僅列攜帶兇器竊盜即可，無需再載明其係「犯電業法第 105 條之竊盜罪」之旨²⁰。若檢方僅以刑法第 321 條第 1 項第 3 款罪名起訴，並未論以電業法第 105 條規定，法院判決時無需引用刑事訴訟法第 300 條規定變更起訴法條，只需敘明依電業法第 105 條規定從重處斷即可（臺灣高等法院暨所屬法院 98 年 11 月 11 日 98 年法律座談會刑事類提案第 13 號，見 98 年法律座談會彙編第 419-423 頁）。

伍、結 語

刑罰乃是刑事法規範中針對犯罪行為而設的法律效果，係國家維護法律秩序所不可或缺的必要手段，任何一個社會若沒有刑罰，則其法律秩序將無以維持，個人的生命、身體、自由與財產將會輕易地遭受到侵害。同時，刑罰乃是國家主權行為中，最為嚴厲的法律手段，

¹⁹ 95 台上 1557 判決謂：「電業法第 105 條本身並無「刑」之規定，並非完備之刑罰法規，僅係說明有上開犯罪行為者，均依刑法之規定從重處斷。因之行為如符合刑法上之竊盜罪者，即依竊盜罪論罪科刑，符合毀損罪者，即依毀損罪論罪科刑，亦即電業法第 105 條所指之犯罪即係刑法上之竊盜罪或毀損罪。本件上訴人因攜帶兇器竊盜電線，經原審以其違反電業法第 105 條，而其行為符合刑法第 321 條第 1 項第 3 款之加重竊盜罪，依該條款之規定論處罪刑，核屬刑事訴訟法第 376 條第 2 款之案件，自不得上訴於第三審法院。」似認電業法第 105 條規定之「從重處斷」，係屬刑法總則加重之性質，自亦不得上訴於第三審法院。

²⁰ 惟司法院 97 年 2 月編印之《刑事裁判主文格式參考手冊—特別法裁判主文》第 140 頁，就電業法第 105 條之主文參考格式載為「某某犯電業法第一百零五條之竊盜罪，處……」，似認為應將電業法第 105 條規定顯現於判決主文中，與該則法律座談會之研討結果見解不同。

它係最具強制力而富伸縮性的法律效果。因此，國家對於刑罰權的行使，應極為慎重，用之得當，固足以產生制壓犯罪的作用，用之不當，則不但無法使刑罰產生本所預期的效果，反而還會造成更多的犯罪，有時甚至還可能因之造成法律秩序的全面崩潰²¹。所以，對於刑罰及刑罰加重之法律規定及實務運作，均應力求周延及慎重，以期刑罰能夠發揮其在刑事政策上應有的功能。

刑罰之加重，不論是刑法總則之加重抑或是刑法分則之加重，在實務上之適用均應極為慎重，因為刑罰之加重與是否得易科罰金、是否得上訴第三審等法律之適用，均有至為重要之關係，且案件得否易科罰金、得否上訴第三審，亦與訴訟當事人（尤其是被告）之訴訟權益息息相關，職是，刑罰加重之法律規定是否得宜，刑罰加重之實務運作是否適當，即益加凸顯其重要性。

實務上關於刑罰加重之運用，極為廣泛及普遍，惟對於何種情形屬刑法總則之加重，何種情形屬刑法分則之加重，甚至刑罰加重之其他相關問題，均頗為繁雜，非但實務見解不完全一致，就連最高法院本身亦有前後見解不一之情形，實造成下級法院相當程度之困擾。本文從實務之觀點探討刑罰加重之課題，對於刑罰加重之標準及限制、刑法總則與刑法分則加重之案件類型，暨刑罰加重之相關問題作一整理研究，並提出本文之見解，希望對於繁忙的司法實務工作者，於處理刑罰加重之相關問題時，能有些許之助益，並期待能夠拋磚引玉，使學界及實務界對於刑罰加重之課題予以重視，並加以深入探討及研究，俾使刑罰能罰其當罰，發揮其維持社會秩序應有之效用，並能妥適維護被告之訴訟權益，厥為本文之最大目的。

²¹ 林山田，《刑事通論（下冊）》，自版，2008年1月，增訂10版，第412頁。